

浅析习惯法的今天与明天

——以婚姻法为例

洪安妮

(厦门大学 法学院 福建 厦门 361000)

摘 要 通过对云南少数民族婚姻习惯的社会实践与调查,笔者感受到习惯法之于法治的重要作用及巨大潜能。故笔者希望能以本次实践为出发点,进而了解习惯法的“前世今生”;以实践所得内容为论据(少数民族的婚姻习惯);以婚姻法为切入点;以法律(或法治)发展的趋势为背景;以习惯法为研究对象;以习惯法与国家制定法的互补与冲突为重点;以习惯法的发展趋势为展望,浅析习惯法的“今天与明天”。

关键词 习惯法 国家制定法 互补 冲突 发展趋势

中图分类号 D923 **文献标志码** A **文章编号** 1002-2589(2013)02-0120-02

一、法律(或法治)的发展趋势

邓正来曾提出当下中国法律(或法治)发展的两条进路:一是“现代化取向的进路”;二是“法律多元论的进路”。他认为从学理角度“这两条进路是彼此冲突或矛盾的,因为‘现代化取向’这一进路乃是以‘融合和转变’传统的民间法为现代的国家法为根本旨归的”,而“法律多元的进路则是以民间法与国家法的共存为基本前提的,并在这一前提之上主张二者之间的了解、妥协和合作”。依笔者所见:“现代化取向的进路”和“法律多元论的进路”,这二者虽有所冲突,但各有各的好处并在实践中各有例证。观之过往,在中国法律发展过程中,有不少法律条文是习惯法规制于成文法的产物,即上述的“现代化的进路”。将部分习惯法上升为国家法制定法,将于多元中制定统一标准,有利于避免习惯法与国家法制定法因有分歧而产生的部分冲突。但习惯法仍有其存在的价值且并非所有的习惯法都适宜上升到国家法制定法的高度,再考虑到不同地区、不同人群对法律文化的不同需求,故实践中还有另一方法,也就是“法律多元的进路”。举例子,《婚姻法》第50条规定,“民族自治地方的人民代表大会有权结合民族婚姻家庭的具体情况,制定变通规定”。

综上,法律(或法制)的发展趋势,应当兼具了现代化与多元化的特点。在宏观上,地区间乃是不同国家之间在全球化、经济科技发展的时代背景下会出现更多的相同或相近的法律诉求,二者将成为推动各地区法律现代化。当然,地区间的共性无法满足不同地区的特殊需求,故法律在现代化的大背景下还需要保有多元化的特点。笔者认为,法律(或法制)的多元化探索是让法律(或法制)更好地为人所用的关键所在,也是探索的难点所在。而在多元

化的探索领域中习惯法是不可忽略的一部分。当然,习惯法和国家法制定法与法制体系中既是相辅相成的共生体,也是会抵触竞争的对手。为了更深入地探讨习惯法当下处境及习惯法的前景,笔者将针对习惯法进行简单的探讨。

二、习惯法

法律是“非神赋予的(如摩西十诫),也不是贤者圣君仁义创设的,它是某一集合体在一定物质经济条件下长期生活而形成的交往规则及纠纷解决机制”。所以,广义上的“法律”还涉及风俗习惯、道德伦理等人世规则。而作为法律(广义)重要组成部分之一的习惯法,是在一定区域内自发形成的或约定俗成的,用以调整该地区内部社会关系,长期适用并具有强制性约束力的成文或不成文的行为规范。它是独立于国家制定法之外,依据某种社会权威和社会组织,具有一定强制性的行为规范的总和。习惯法是习惯发展的制度化,有学者认为“从逻辑上讲,它是习惯于国家法的中间状态,具有法的某些属性,但不是完全意义上的国家法”。

在现代法律体系中,习惯法的作用大大减弱了,除了在非洲一些国家习惯法仍然在实际上起着比较大的作用外,在其他主要法律体系,习惯法已经不是主要渊源。但是,习惯法仍然在一个国家的法律体系中扮演着不可或缺的角色。因为那些由长期习惯确认了的并且被常年遵守的东西,同写成文字的法一样,被作为公民间的默认协议。

习惯法一般具有以下特点:一是地域性。以少数民族习惯法为例,少数民族的风俗习惯是伴随该民族产生、发育、成长的过程而形成的,因而在空间上具有一定的特点。二是群体性。国家制定法在阶级社会中的本质是它的阶级性,但在习惯法这种体现更多的是它的群体性。主要表现

收稿日期 2012-12-04

作者简介:洪安妮(1992-),女,福建厦门人,2010级法学专业本科生,从事民商法学研究。<http://www.cnki.net>

在民族或家族的整体利益高于个体成员的利益,个人与群体休戚相关,荣辱与共。三是具体性。这是习惯法和国家法的抽象性和概括性相区别的一个重要方面。由于习惯法适用于一定的地区中有针对的领域,所以习惯法具有具体、直观等特点。四是稳定性。习惯法是在人们生产、生活的过程中逐步产生并形成的,是当地文化传统和民俗风情的直接体现和具体反映。潜移默化,代代相传,这些习惯法就成为当地居民心理认同的一个重要因素,因而产生了较大的稳定性。五是非明示性。习惯法是在长期的生产、生活中逐渐形成的,通常是不成文的,外界不易了解的。

三、习惯法的作用——与国家制定法互补

法国著名思想家卢梭指出:“在这三种法律之外(指政治法、民法、刑法),还需要加上一个第四种,而且是一切之中最重要的一种,这种法律是铭刻在公民的内心里。笔者所说的就是风尚习惯……具体规章不过是拱顶上的桥梁,而缓慢诞生的风俗习惯才是拱顶上难以撼动的基石”。由此可见,无论是法制抑或是法治,习惯法和国家制定法都具有其重要的意义。

习惯法与国家制定法之所以能有所互补,是由这二者的特性(各自的优缺点)决定的,从宏观角度上,习惯法和国家制定法都属于一种法文化,一种制度上的设计。它们的形成都源于人们的客观需要,都是人类的一种历史性选择。从微观角度上看,习惯法的确有很多弊端,如习惯法的内容不系统、不完整,有些习惯法如抢婚制与现代法制背道而驰。但我们也应认识到,延续多年的习惯法必有其合理的成分,它有自己的文化支撑和认同人群。少数民族习惯法的教育、裁判和调节作用都与国家制定法具有某种程度的一致性。并且进来人们日益认识到国家法的局限性,如“国家法的专门性、程序性决定了其使用的不经济,国家法的概念性、抽象性又决定了对其理解的不容易。除此之外,我国目前司法执行力量相对薄弱,尤其对于环境恶劣、通信交通落后的地区,国家法更显得鞭长莫及……认识到这一点,我们必须在国家法与习惯法并存的二元结构的模式下寻求两者的结合”。此外,“习惯法与国家制定法分别在不同层次起着调节和规范作用”。相对于国家法而言,少数民族习惯法属于另外一种地方性知识,加之国家法具有很强的普适性和抽象性,这些决定了国家法不可能将所有的习惯法吸纳与国家制定法的体系中。所以在实践中,当仅按照国家法处理矛盾不能完全解决时,还应参考当地的风俗习惯。

《民族婚姻习惯法演讲实录》中有这样一段话,“是由于某一行为积年累月,世代相传,行之久远,化于内心,积淀成为民间习惯,才具有稳定性,才具有了法的效力”,这很好地阐释了习惯法的功能。习惯法是由习惯法发展而来的一种法的渊源,其功能主要在于弥补成文漏洞。众所周知,由于人的理性是有限的,立法者无法通过立法穷尽所有事项,成文法国家及时有了完备的民法典,也不可能做到对民事生活的一切关系都有明确规定。更何况社会生活总是不断发展变化,将不断产生一些新的关系、新的问题,无法从现行法中找到相应的规定,这就为习惯法留下了生存空间,民事习惯的存在,在一定程度上丰富和弥补了国家制定法调控机制的不足,成为一种有效的补救手段和协

同方式。习惯法主要依靠民众的普遍认可,依靠情感、良好的心理认同,价值利益取向的共同性和社会舆论来实施和维持,与国家法相比,不具有“强制性”,体现的是一种“同意权力”。因此,习惯法的实行成本明显小于国家法。

四、习惯法与国家制定法的冲突

习惯法与国家制定法的冲突,带来的不良后果有二:一是侵害了少数民族妇女的权益,婚姻不自主;二是通过不恰当的方式将少数民族的生活习惯、交往习俗等“汉化”,从而破坏了少数民族原有的风俗及该民族习惯法自成的体系。

习惯法与国家制定法的冲突可否避免?笔者看来这种冲突只能“疏通”,无法避免,这得从冲突产生的原因谈起。首先,受到地理位置、经济发展的影响,具有区域性的习惯法往往也具有“封闭性”,而与之相冲突的则是国家制定法的“开放性”。其次,习惯法是人类社会中习惯的历史沉淀,以“人性”为基础,而国家法往往是“理性”构建的产物。再者,习惯法的产生和实行通常是“自下而上”的,而国家法则是“自上而下”实行的。由于这些“先天因素”,习惯法和国家法必然有所冲突,但面对冲突时我们应如何“疏通”才是我们发现冲突的真正意义所在。

五、展望习惯法的明天

站在历史的角度,习惯法的发展角度无非是传承与固化、扬弃与剥离,即“取其精华,去其糟粕”。

但哪些是糟粕?糟粕又要如何去除?当下的做法是通过经济发展带动群众生活水平的提高,再进而由群众对遗留下来的习惯法进行演替。这种习惯法自身的扬弃与剥离,少了建国初期人为的“矫正”,在一定程度上起到缓冲、调解的作用,从而减少了习惯法与国家制定法的冲突。但人们依旧无法判定“什么是糟粕”,有些美好的事物也会因时间的流逝而消逝,只因不复当初。

习惯法中也有其精华之处,其精华不仅来源其设定的规则本身,还在于习惯法更像是一种“因地制宜”的存在,给予认同它的人人性的关怀。虽说国家制定法不全是“刚性条款”,但相较于习惯法的“柔”而言,国家制定法是“刚”的体现。如果把法律文化比作推动社会前行的法条的话,只有刚柔并济,才能不松不紧,力度恰好。

国家制定法所不能匹及的是,习惯法自有其玄妙之处:习惯法通过伦理、道德、风俗、日常交际等于无形中于群众心中建立一个行为的基本准则和底线,这种法律意识最深入人心。由于身处于“熟人社会”之中,按照中国人的传统思想,一些事情不太喜欢诉诸于法,因而习惯法对于和谐社会的构建具有深远意义。

参考文献:

- [1]邓正来.中国法学向何处去[M].北京:商务印书馆,2006.
- [2]焦盛荣.法律现代化与法律本土资源[J].甘肃政法学院学报,2005,(6).
- [3]徐曼,廖航.关于少数民族习惯法与国家法之冲突与互动的思考[J].河南大学学报:社会科学版,2004,(4).
- [4]卢梭.社会契约论[M].北京:商务印书馆,1980.
- [5]刘艺工,高志宏.试论少数民族习惯法与国家制定法的冲突与互补[J].甘肃政法学院学报,2004,(2).

(责任编辑:田苗)